So verordnet dieselbe Gesetzstelle, daß die gemeinrechtlichen poenae infitiationis, die in §. 26. J. de act., fr. 80. D. de rei vind., fr. 2. §. 1. D. ad leg. Aquil. fr. 1. §. 1. 4. D. depos. und nov. 18. c. 8. bestimmt sind, auch in Sachsen Anwendung finden sollen. [1])

XV.

Beitrag zur Geschichte der Legislation über den Civilprozeß.

Von

Dr. **Ludwig Höpfner,**
Appellationsrath in Dresden.

Die neuste Erscheinung der Legislation über den Civilprozeß, welche uns zu Gesicht gekommen ist, betrifft das Herzogthum Braunschweig Lüneburg. Hier ist ein Gerichtsorganisationsgesetz unter dem 21. August 1849 und eine Civilprozeßordnung unter dem 19. März, publizirt am 15. April 1850, erschienen. Nach diesen Gesetzen ist das Civilprozeßrechtsleben in dem Herzogthum jetzt Folgendes:

Die Behörden sind. In erster Instanz, die Stadt- und Amtsgerichte in der Eigenschaft als Einzelrichter, für kleinere und schnell zu erledigende Rechtsstreitigkeiten, so wie für die Execution; die Kreisgerichte, kollegialisch gebildet, für die größere Streitigkeiten. In zweiter Instanz die Kreisgerichte in Beziehung auf die, in erster Instanz bei den Stadt- und Amtsgerichten anhängig wordenen Rechtssachen; das Obergericht zu Wolfenbüttel, kollegialisch construirt und in drei

1) Auch die, in der auth. contra. C. de non num. pec. bestimmte poena infitiationis fand in Sachsen bis zu dem Erscheinen der dec. 23. v. J. 1746 statt.

Senate getheilt, in Beziehung auf die, in erster Instanz bei den Kreisgerichten oder auftragweise anstatt bei diesen vielmehr bei einem Stadt- oder Amtsgerichte anhängig gewordenen Streitigkeiten. Daneben besteht der, ebenfalls kollegialisch zusammengesetzte Kassationshof zu Wolfenbüttel.

Der Zweiinstanzenzug bildet die Regel. Bei dem zweiten Erkenntnisse verbleibt es, dieses mag bestätigend oder abändernd ausgefallen sein, der Grundsatz der duae conformes sententiae ist also abgeworfen worden, wie auch wir in unserm Erwurfe einer Civilprozeßordnung für Teutschland §. 840., dieß empfohlen haben. Nur im Falle der Nichtigkeitsbeschwerde kann eine Streitsache, und zwar ohne Unterschied, ob sie vor einem Stadt- oder Amtsgerichte oder vor einem Kreisgerichte in erster Instanz anhängig worden ist, zur Verhandlung vor den Kassationshof kommen, welcher, wenn er kassirt, sofort an die Stelle der gesprochenen Erkenntnisse ein anderes Erkenntniß zu geben hat, bei welchem es verbleibt. Nur wenn die Syndicatsklage oder die Nichtigkeitsklage, mit welcher die Nichtigkeitsbeschwerde nicht verwechselt werden darf, unmittelbar bei dem Obergerichte in erster Instanz, also gegen ein Kreisgericht, anhängig worden ist, (§. 41. 42. der Pr. Ordn.) finden drei Instanzen statt, nämlich der eine, dann der zweite, zuletzt die vereinten drei Senate.

Der Kassationshof entscheidet auch über Competenzstreitigkeiten unter mehreren Gerichten S. §. 45. der Prozeßordnung. Die Nichtigkeitsbeschwerde findet statt nur gegen das Erkenntniß zweiter Instanz, und zwar:

1) wenn wesentliche Vorschriften des Prozesses verletzt sind;
2) wenn gegen die Bestimmungen der Gesetze erkannt und in Folge dessen unrichtig entschieden ist, oder
3) wenn mehre in letzter Instanz unter denselben Parteien über eine und dieselbe Sache von verschiedenen Gerichten abgegebene Entscheidungen einander geradezu widersprechen.

Diese in §. 130. der Prozeßordnung enthaltene Bestimmung erscheint in so fern etwas unsicher, als in der Rubrik unter

1. nicht angezeigt ist, was der Gesetzgeber unter wesentlichen Vorschriften verstanden haben will, und als die Rubrik unter 2. Ungewißheit darüber zurückläßt, ob die Nichtigkeitsbeschwerde schon in dem Falle, wo der Richter unpassende Rechtsansichten auf das thatsächliche Streitverhältniß angewendet oder das Letztere falsch aufgefaßt, also inique geurtheilt hat, oder nur in dem Falle, wo gegen ein unerläßliches physisches, moralisches oder rechtliches Verbot (s. unsern Entwurf §. 856.) geurtheilt worden ist, Anwendung finden soll.

Indeß muß man wohl die letztere Annahme für die richtige erklären, weil die Nichtigkeitsbeschwerde von dem Gesetze als das einzige außerordentliche Rechtsmittel hingestellt wird, und schon nach allgemeinen Grundsätzen gegen die iniquitas sententiae bloß das ordentliche Rechtsmittel zuläßig ist. Die in der Rubrik unter 1. liegende Unsicherheit wird in gewisser Art gehoben durch die, in §. 42. 350. 352. der Prozeßordnung eingeführte Nichtigkeitsklage, die vor demselben Gerichte, bei welchem die Nichtigkeit vorgekommen ist, in erster Instanz verhandelt wird. Die mit ihr zu verfolgenden Nichtigkeiten sind vorhanden:

1) wenn das erkennende Gericht nicht zuständig war;
2) wenn eine Person bei Abgabe eines Erkenntnisses mitgewirkt hat in der Eigenschaft als Richter, welche als solcher bei dem Gerichte nicht angestellt oder giltig zugezogen war;
3) wenn ein Richter bei der Entscheidung mitgewirkt hat, der nach den gesetzlichen Vorschriften sich von Amts wegen jeder richterlichen Mitwirkung hätte enthalten sollen;
4) wenn gegen eine Person ein Erkenntniß ergangen ist, welche an dem verhandelten Rechtsstreite nicht Theil genommen und die für sie vorgenommenen Handlungen später nicht genehmigt hat;
5) wenn und so weit der Nichtigkeitskläger zu den von ihm in dem vorigen Prozesse vorgenommenen Handlungen rechtlich nicht fähig war und solche nach erlangter Dispositionsbefugniß später nicht genehmigt hat.

Neben dieser Nichtigkeitsklage wird §. 43. 350. 355. der Prozeßordnung noch eine Restitutionsklage eingeführt, die Platz greift:

1) wenn der frühere Rechtsstreit auf den Grund eines vom Gegner geleisteten Eides entschieden, und dieser später als Meineidiger wegen dieses Eides rechtskräftig verurtheilt ist oder falls die Einleitung einer Kriminaluntersuchung den Umständen nach unmöglich ist, dessen Meineid erwiesen wird;
2) wenn der Kläger in dem früheren Rechtsstreite auf Grund einer Urkunde verurtheilt ist, deren Verfälschung nachgewiesen wird;
3) wenn gegen ihn auf Grund eines wissentlich falschen Zeugnisses oder Gutachtens erkannt ist, und die Zeugen oder Sachverständige dieserhalb im Kriminalverfahren verurtheilt sind, oder, falls die Einleitung einer Kriminaluntersuchung den Umständen nach unmöglich ist, die wissentliche Falschheit nachgewiesen wird;
4) wenn das Erkenntniß durch betrügliche Handlungen des Gegners oder seines Anwaltes oder Sachführers oder des eignen Sachführers oder Anwalts im Einverständnisse mit einer der gedachten Personen dem Gegner zu Gunsten und dem Kläger zum Nachtheile erwirkt ist;
5) wenn der Kläger Thatsachen (Einreden, Repliken) erst später entdeckt, die zur Zeit des frühern Rechtsstreites schon vorhanden gewesen sind und, falls sie in demselben hätten benützt werden können, eine günstige Entscheidung herbeigeführt haben würden;
6) wenn der Kläger neu entdeckte schriftliche Beweise, oder
7) solche Urkunden beibringt, deren Dasein zwar bekannt und angezeigt, deren Herbeischaffung aber früher unmöglich war.

Mit diesen Bestimmungen ist zwar sehr speziell den einzelnen Fällen vorgesehen, indeß vermissen wir darin nicht bloß die Volksthümlichkeit der Bestimmungen, die wir für die gegenwärtige Gesetzgebung, welche einem Jeden aus dem Volke zu-

gänglich sein soll, überall fordern, auch die prinzipielle Haltung, so daß selbst dem Juristen von Profession es schwer werden wird, sich zurecht zu finden. Die Restitutionsklagen, so weit sie lediglich actiones in factum ex dolo sind, sollten in das Civilrecht verwiesen, und im Uebrigen sollte sorgfältig zwischen iniquitas und nullitas sententiae unterschieden sein.

Die Restitutionsklagen der Rubriken unter 5. 6. 7. thuen zudem dar, daß das Gesetz die restitutio ex capite novorum kennt, obwohl es das beneficium novorum in dem Sinne, daß in zweiter Instanz solche Thatsachen, die in erster Instanz schon der Partei zur Hand gewesen, von ihr jedoch nicht vorgebracht worden sind, noch vorgebracht werden dürfen, nach §. 132. nicht kennt.

Die Richtigkeitsklage und die Restitutionsklage können während der nächsten 30 Jahre nach Bekanntmachung des letzten Erkenntnisses in der Sache angestellt werden. S. §. 354. der Prozeßordnung.

Dahingegen findet bei der Richtigkeitsbeschwerde und bei den Berufungen nach §. 220 ff., 331 ff. folgendes gemeinsame Verfahren statt:

Die Berufung und Richtigkeitsbeschwerde muß bei dem judex a quo binnen der nächsten zehn Tage nach Bekanntmachung des Erkenntnisses schriftlich, oder in den bei den Stadt- und Amtsgerichten in erster Instanz regelmäßig anhängigen Sachen mündlich zu Protokoll, eingelegt und binnen der nächsten vierzehn Tage schriftlich introducirt werden. Erst die Introductionsschrift braucht die Berufung- und Richtigkeitsbeschwerden aufzuführen. Es erfolgt die Berichterstattung zu dem judex ad quem, und dieser verwirft entweder sofort das Rechtsmittel, wenn es formell nicht in Ordnung sich befindet, oder er setzt eine Audienz an, die nicht über vierzehn Tage hinaus geschoben sein darf. Das Erkenntniß soll in der Regel am Schlusse der Audienz gegeben werden. Im Falle der Richtigkeitsbeschwerde werden 20 Th. Succumbenzgelder erlegt, die nach Befinden dem Sachwalter der Partei selbst abgefordert werden können. Es erhellt aus dem

beschriebenen Verfahren, daß die Nichtigkeitsbeschwerde in Wahrheit kein außerordentliches Rechtsmittel, dessen Charakter eben darin besteht, daß es noch nach dem decendium eingelegt werden kann, sondern ein, auf besondere Fälle beschränktes ordentliches Rechtsmittel ist.

Entspricht schon dieses Verfahren der Anforderung an die gegenwärtige Gesetzgebung, für Beschränkung der prozessualischen Formen zu sorgen, so ist dieß noch viel schärfer ausgeprägt, und zwar, wie wir mit besonderer Freude wahrgenommen haben, ganz in den, auch von uns in unserm Entwurfe verfolgten Richtungen, in dem Verfahren der ersten Instanz.

Vor den Stadt- und Amtsgerichten wird die Klage zu Protokoll gegeben, und alsbald eine Audienz angesetzt. In dieser erfolgt die Darlegung der thatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse des Streites durch die Parteien selbst oder ihre Sachführer, und zum Schlusse in der Regel das Erkenntniß. Dieses soll in der Regel definitiv gefaßt, kann aber auch, wenn der Richter die Sache verwickelt findet, ein interlocutorisches, namentlich auf Antretung eines Beweises gerichtetes, sein. Nach der Beweisaufnahme nochmals Audienz, am Schlusse das Erkenntniß.

Das erste Verfahren vor den Kreisgerichten ist in gewissen Fällen (Ausnahmefällen nämlich) genau dasselbe, nur daß die Klage jederzeit schriftlich eingereicht werden muß.

In den gewöhnlichen Fällen dagegen findet ein schriftliches Vorverfahren in kommunikatorischer Weise statt, in der Regel bis zur Replik, nach dem Ermessen des Richters jedoch auch bis zur Duplik. In diesem, das von dem Richter geleitet wird, auf Compromuß der Parteien jedoch auch außergerichtlich von diesen selbst geführt werden kann, werden die thatsächlichen Verhältnisse niedergelegt. In der Audienz können bloß Rechtsdeductionen stattfinden, und Aufklärung über thatsächliche Anführungen gegeben werden. S. §. 150 ff. der Prozeßordnung.

Die Hauptgrundsätze, durch welche die ganze Prozeßord. geleitet wird, sind nun:

1) Prinzip der Verhandlung und der Eventualität. Beide sind in §. 2. 3. nur sehr kurz angedeutet; indeß zeigt die Anwendung derselben in den einzelnen, einschlagenden Bestimmungen über das Verfahren, (vergl. §. 103. und 104.) und eine kurze Bemerkung in den, übrigens zwar kurz, jedoch erschöpfend beigegebenen Motiven, daß der teutsche Charakter dieser Prinzipe, wie wir in unserm Entwurfe §. 256—259. 317—320. ihn ausgeprägt haben, festgehalten ist, obwohl mit der, hiermit nicht ganz verträglichen Beimischung eines beneficium novorum.

2) Oeffentlichkeit und Mündlichkeit. Wo neben der Mündlichkeit ein schriftliches Vorverfahren gestattet ist, beschränkt sich die Mündlichkeit auf Rechtsdeduktion und Aufklärung des thatsächlichen, die Mündlichkeit ist also nicht die rein französische, die auch in dem Schleswig-Holsteinischen Entwurfe vom Jahr 1849 sich findet, sondern die in der westphälischen Prozeßordnung, in dem Code de procédure du Canton de Genève, in dem hannöverischen Entwurfe vom Jahr 1850 aufgenommene und auch in unserm Entwurfe §. 279—291. 296—307. und Motiven dazu S. 215 ff. empfohlene. Die Oeffentlichkeit der Audienz will das Gesetz nur dann nicht eintreten lassen, wenn der Richter dieß angemessen findet. S. §. 59. Wir sind damit nicht ganz einverstanden, glauben vielmehr, daß schon das Gesetz bestimmte Fälle angeben und auf solche Weise dem Ermessen des Richters, der bei freier Willkür, die ihm gestattet wäre, leicht das Prinzip der Oeffentlichkeit verletzen könnte, möglichst sichere Schranken setzen soll.

3) Das richterliche Fragrecht wird rein auf den Zweck beschränkt, Aufklärung über dunkle thatsächliche Anführungen zu erlangen, in welcher Beschränkung allein es mit dem Prinzipe der Verhandlung sich verträgt. S. §. 73., auch 75.

4) Die Staatsanwaltschaft hat einen Wirkungskreis erhalten, sehr sorgfältig nach dem französischen Muster gebildet, jedoch mit Ausdehnung versehen. S. §. 12—18. Es läßt sich hierüber Vieles sagen, ohne daß gerade die Be-

stimmungen getadelt werden können. Doch hätten wir die Angabe eines Prinzips gewünscht, nach welchem die Staatsanwaltschaft frei von Einmischung in das richterliche Amt hingestellt wird. Ein solches Prinzip hätte um so eher aufgestellt sein mögen, da einzelne Bestimmungen in dem Gesetze gegeben sind, die Zweifel erregen an der richtigen Auffassung der Staatsanwaltschaft, in Betreff welcher wir auf unsern eignen Entwurf §. 140 ff. und Motiven dazu S. 233 ff. verweisen. Diese Bestimmungen sind in §. 13. und §. 14. enthalten, und gehen dahin, daß der Staatsanwalt, nicht aber das Prozeßgericht, das Armenrecht zu ertheilen, und am Schlusse jeder Audienz in jeder Sache, auch in der, wo er sonst gar nicht sich einmischt, gutachtlich sich auszusprechen hat. Wir finden hierin sehr gefährliche Beeinträchtigungen der Justizpflege.

5) Die Prozeßleitung ist den Gerichten gegeben, nicht den Parteien oder deren Anwälten, wie im französischen Prozesse, anvertraut, das Institut der französischen huissiers ist für gefährlich erkannt und daher nicht angenommen worden. S. die Motiven S. 3 f. Wir selbst haben das Gleiche empfohlen in unserm Worte an die Gesetzgeber Teutschlands, Dresden und Leipzig 1848. S. 36 f., in den Motiven zu unserm Entwurfe S. 221 f.

6) Der Unterschied zwischen dem ordentlichen und summarischen Prozesse ist in Wegfall gebracht, es ist die Vorschrift, daß das erste Erkenntniß des Richters in der Regel ein definitives sein soll, gegeben, es ist jedoch dem Richter in Fällen, wo er es für nöthig erachtet, die Ertheilung eines interlokutorischen, namentlich auf Beweisantretung lautenden, Erkenntnisses nachgelassen, es ist ferner, daß jedes Erkenntniß, auch das interlokutorische, der Rechtskraft fähig sei, bestimmt worden. S. Motiven S. 4 ff. 97. §. 105. 146 ff. 170 ff. 188. 205. 220 ff. 332 ff. Wir sind, wie wir in einem besondern Aufsatze in dem Archive gezeigt haben, hiermit aus vollster Ueberzeugung von der Naturwüchsigkeit und dem praktischen Nutzen der Bestimmungen einverstanden,

wir können dagegen nicht billigen, daß der Begriff des Erkenntnisses §. 97 auf die Entscheidung über die Kompetenz, über die Beweispflicht und über das endliche Ergebniß des Rechtsstreites beschränkt, alles Andere in das Bereich der Verfügung durch einfaches Dekret: (Bescheid, wie es in dem Gesetze heißt): verwiesen, und dem einfachen Dekrete der Charakter der Unabänderlichkeit, gleich dem Erkenntnisse, mit dem Unterschiede allein, daß in der Regel das Rechtsmittel gegen das Dekret erst gleichzeitig mit dem Rechtsmittel gegen das nächste Erkenntniß eingewendet werden darf, beigelegt wird. S. §. 98 ff.

Wir halten dieß für eine gefährliche Verwirrung, und verweisen, um dieß zu belegen, auf unsern so eben erwähnten Aufsatz, damit wir Wiederholungen vermeiden.

7) Die Rechtsnachtheile, von welchen die ungehorsame Partei in jedem einzelnen Falle getroffen werden soll, sind genau in dem Gesetze bestimmt, und darin knüpft sich die §. 120. enthaltene heilsame Bestimmung, die wir in unserm Worte an die Gesetzgeber Teutschlands S. 28. und in unserm Entwurfe §. 103 anempfehlen, die wir jedoch jetzt das erste Mal in einem Gesetze gefunden haben, daß die Rechtsnachtheile, um einzutreten, nicht besonders noch von dem Richter brauchen den Parteien angedroht zu werden. Eine höchst wirksame kontumacielle Festsetzung geht dahin, daß jede thatsächliche Behauptung der einen Partei, die von dem Gegner nicht mit voller Bestimmtheit in Abrede gestellt wird, für zugestanden angesehen werden soll. S. §. 71. 72.

8) Der teutsche gemeinrechtliche Grundsatz: victus victori restituit expensas, über den wir in unsern Beiträgen zur civilgerichtlichen Praxis Bd. II. S. 234 ff. ausführlich gesprochen haben, wird beibehalten in §. 107. Doch mögen wir die Bestimmung in §. 84 nicht billigen, daß wer zum Beweise einer und derselben Thatsache mehr als fünf Zeugen vorschlägt, die Kosten der mehreren Zeugen stets zu tragen hat. Es liegt darin eine Verletzung des Princips der Eventualität, und der Zweck, welcher dem Gesetzgeber bei die-

ser Bestimmung vorgeschwebt hat, wird weit besser durch die Bestimmung erreicht, daß der Richter von dem Grundsatze; victus etc. solle abweichen dürfen, wenn er sieht, daß bei einem Beweise unnützer Aufwand gemacht worden. Außer diesen allgemeinen Grundsätzen heben wir noch Folgendes hervor, was zwar nicht als Grundzug des ganzen Systems betrachtet werden kann, jedoch mehr oder weniger wichtige Bedeutung hat.

In der Prozeßordnung kommt das jusjurandum de credulitate nicht vor, in den Motiven S. 5 ist gesagt, man habe dasselbe weggeworfen und finde hierin eine Verbesserung der Prozeßgesetzgebung. Wir sind damit vollkommen einverstanden, wir haben bereits in unsern Beiträgen a. a. O. S. 68 ff. auch in unserm Entwurfe §. 544. die Zulässigkeit dieses Eides bekämpft. Wenn aber die Prozeßordnung §. 87 bestimmt, daß ein Legaleid für geleistet erachtet werden soll, falls derjenige, welchem er auferlegt worden ist, vor der Ableistung verstirbt, und dessen Nachfolger erklärt, daß er den Eid nicht de veritate leisten wolle, so finden wir hierin eine nicht gerechtfertigte Consequenz jener Abschaffung des jusjurandum de credulitate, die Rückkehr zu einer vorlängst antiquirten Rechtsansicht: (vergl. Martin, Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses §. 230. Note a.:) eine große Gefährlichkeit für das Rechtsleben, und überdem einen unheilvollen Widerspruch mit der principiell im schroffen Gegensatze stehenden Bestimmung §. 88, daß ein zugeschobener nnd angenommener Eid, wenn der juraturus vor dessen Ableistung gestorben ist, und dessen Nachfolger die Ableistung des Eides verweigert, für versäumt augesehen werden soll.

In derselben Paragraphe wird der eventuelle Eidesantrag für unstatthaft erklärt. Wir finden darin ein starres Festhalten an der hergebrachten Doctrin, die dem materiellen Rechte erheblichen Eintrag thut, und haben um letzteres zu vermeiden, in unserm Entwurfe §. 380, 515 den eventuellen Eidesantrag zugelassen.

In §. 45 dagegen stoßen wir wieder auf eine heilsame Bestimmung, die nämlich, daß Geständnisse, sie mögen von dem Anwalte einer Partei, oder von der Partei selbst abgelegt worden sein, bloß auf Grund eines thatsächlichen, entschuldbaren Irthums widerrufen werden können. Mit dieser Bestimmung ist der gemeinrechtliche, dem materiellen Rechte äußerst gefährliche Satz aufgehoben, daß Geständnisse im Prozesse auch ohne allen rechtlichen Grund eine Zeitlang widerrufen werden können und also unverbindlich bleiben: (vgl. Martin a. a. O. §. 128. a. E. und Note hh. und ii), und es ist zugleich der Grundsatz anerkannt, daß zwar ein thatsächlicher, nicht aber ein rechtlicher Irthum, Grund zu einer Restitution sein kann.

Sollen wir zum Schlusse ein Urtheil über das Ganze des jetzt besprochenen Gesetzes abgeben, so müssen wir dasselbe als ein tüchtiges im Geiste der Gegenwart geschaffenes Fortschrittswerk begrüßen. Die Gestaltung des Behördenwesens, das Prozeßverfahren zeichnen sich durch Einfachheit aus. Die Prozeßordnung enthält zwar nur, mit wenigen Zusätzen des materiellen Prozeßrechts, die Vorschriften über das prozessualische Verfahren, jedoch umfaßt dieses mit großer Vollständigkeit, indem es namentlich auch das Gantverfahren und das Exekutionsverfahren darstellt, so daß das Gesetz für ein organisches angesehen werden muß, obwohl die bescheidenen Motiven es dafür nicht gerade angesehen wissen wollen. Auch die Diction ist legislatorisch, sie ist einfach kurz, teutsch, signifikant.

Beigegeben ist dem Prozeßgesetze das Schema einer Prozeßvollmacht, und eine Taxordnung für die Gerichte und Anwälte.